

Hoe zat het ook alweer met... gedekte weren?

Bij de vraag of in hoger beroep een nieuw verweer kan worden gevoerd, moet onder ogen worden gezien of dit verweer als 'gedekt' kan worden gepasseerd

Willem Heemskerk

redactielid

Het uitgangspunt bij beoordeling van de vraag of verweren gedekt zijn is art. 348 Rv, dat luidt: 'De oorspronkelijke verweerder kan nieuwe weren van regten, eene verdediging ten principale opleverende, inbrengen, tenzij dezelve in het geding ter eerster instantie zijn gedekt, waaronder niet begrepen is het geval, dat het regt om ten principale te antwoorden ingevolge artikel 141 vervallen is.'

Van een gedekt verweer – een geval van afstand van recht in een processuele context – is eerst sprake als het in eerste aanleg is prijsgegeven. Dit prijsgeven moet met zekerheid kunnen worden afgeleid uit de processuele gedraging of houding van de verweerder in eerste instantie. Slechts als de verweerder bewust, willens en wetens, afstand heeft gedaan van het recht om dit bepaalde verweer te voeren, is het gedekt.¹

De enkele omstandigheid dat een stelling in

eerste aanleg niet is betwist, wettigt niet de conclusie dat het verweer dat alsnog desbetreffende stelling betwist, is prijsgegeven.² Evenmin brengt het enkele feit dat in eerste en tweede instantie gevoerde verweren onverenigbaar zijn, mee dat het in hoger beroep gevoerde verweer gedekt is, waarbij mede in aanmerking wordt genomen dat het hoger beroep er ook toe dient om eigen 'fouten' te herstellen.³

Twee ontslagen

In het algemeen dient de rechter terughoudend te zijn als hij een partij de uitoefening van een hem in beginsel ten dienste staande processuele bevoegdheid belet, zodat deze vorm van afstand van recht niet gauw mag worden aangenomen; zij dient onmiskenbaar te zijn.⁴ Overigens wordt in de literatuur aangenomen dat de appelrechter de regel omtrent een gedekt verweer ambtshalve moet toepassen.⁵

In de afgelopen twintig jaar oordeelde de Hoge Raad slechts enkele keren dat aan een in hoger beroep voor het eerst gevoerd verweer in verband met het gedekt zijn daarvan voorbij kon worden gegaan, waarvan er hierna twee besproken worden.⁶

In het eerste geval kwam een werknemster op tegen een aan haar verleend ontslag zonder toestemming van de (toen nog) Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau en zonder de aanwezigheid van een dringende reden.⁷ De werkgever had in eerste aanleg omstandig betoogd en te bewijzen aangeboden dat de arbeidsovereenkomst na herstel van de ruim vier maanden zieke werknemster weliswaar was beëindigd, maar dat dit was geschied op initiatief van de werknemster en met wederzijds goedvinden. In hoger beroep bracht de werkgever echter naar voren dat de arbeidsovereenkomst al voorafgaand aan de ziekte van werknemster, met onderling goedvinden, was beëindigd. Tegen de achtergrond van de uit-

drukkelijke erkenning van de beëindigingsdatum in eerste aanleg door de werkgever vond de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank dat het nieuwe weer met betrekking tot de beëindigingsdatum gedekt was, niet onbegrijpelijk.

Het tweede geval⁸ betrof eveneens de afwikkeling van een arbeidsrelatie. Een voormalig werknemer maakte aanspraak op betaling van niet-opgenomen vakantiedagen, van vakantie-toeslag en van suppletie op zijn salaris. Werkgeefster erkende de gegrondheid van deze aanspraak, maar beriep zich op een opschortingsrecht omdat werknemer nog enkele zaken terug diende te bezorgen; in hoger beroep stelde werkgeefster echter al aan haar betalingsverplichting te hebben voldaan. De rechtbank zag wel ruimte voor dit nieuwe standpunt, de Hoge Raad tegen de achtergrond van art. 348 Rv echter niet.

Van belang is dat art. 348 Rv alleen geldt voor de oorspronkelijk *gedaagde*, in hoger beroep appellant of geïntimeerde. Niettemin kan uiteraard ook de oorspronkelijk eiser door zijn (proces)houding afstand doen van het recht om in hoger beroep een bepaald standpunt in te nemen.⁹

In verzoekschriftprocedures worden de voor dagvaardingsprocedures (uit art. 348 en 141 Rv) voortvloeiende beperkingen aan het voeren van nieuwe weren in hoger beroep niet gesteld.¹⁰

Een geheel andere vraag is of een (nieuw) verweer tegen de achtergrond van een goede procesorde wel kan worden beoordeeld, hetgeen onder omstandigheden niet het geval is als zij eerst in een zeer laat stadium van het geding naar voren wordt gebracht of sprake is van een onaanvaardbare koerswijziging. Daarover de volgende keer.

n

- 1 Zie bijv. W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofddlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag 1998, nr. 182, p. 214.
- 2 Aldus HR 22 juli 1986, *NJ* 1987, 21, rov. 3.2, tweede alinea.
- 3 Zie HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 709 (HJS), rov. 3.10, tweede alinea; vgl. ook HR 23 mei 1997, *NJ* 1997, 532 (uitsluitend essentie), *Prg.* 1997/14, nr. 4790, p. 487-490, rov. 3.6.
- 4 Aldus AG Bakels, bijvoorbeeld in zijn conclusie vóór HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 715 (HJS), onder 2.4.
- 5 Aldus Ras in zijn noot onder HR 16 december 1994, *NJ* 1995, 303 (HER), onder 5, met verwijzing.
- 6 Zie verder onder meer HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 824 (WHH), rov. 3.2-3.3; HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 765, rov. 3.2; HR 10 maart 1995, *NJ* 1996, 299 (HJS), rov. 3.2, laatste alinea.
- 7 HR 8 juli 1981, *NJ* 1981, 548 (WHH), rov. 3.
- 8 HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 320, rov. 3.5-3.6.
- 9 Vgl. binnen deze context bijv. HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 145 en HR 17 februari 1978, *NJ* 1978, 297 (WHH).
- 10 Aldus HR 21 maart 1975, *NJ* 1976, 464 (WHH), t.a.v. het tweede middel; HR 21 september 1990, *NJ* 1991, 36 (JBMV), rov. 3.2, tweede alinea; HR 1 december 1995, *NJ* 1996, 272, rov. 3.2, tweede alinea.